

Extrait de l'œuvre

«Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier»

Edités au nom de la Faculté de droit de Fribourg par

Peter Gauch / Franz Werro / Pascal Pichonnaz

Regressprobleme bei Privilegierung eines Solidarschuldners

Peter Jung

Schulthess §

Information bibliographique de «Der Deutschen Bibliothek»

Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse «<http://dnb.ddb.de>».

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2008
ISBN 978-3-7255-5528-1

www.schulthess.com

Regressprobleme bei Privilegierung eines Solidarschuldners

Dr. iur. PETER JUNG, Professor an der Universität Basel

Inhaltsübersicht

- A. Einführung
- B. Einzelne Problemfälle und ihre Lösung
 - I. Vertragliche Haftungsbefreiung eines potentiellen Solidarschuldners
 - 1. Problemlage
 - 2. Möglichkeiten der Problemlösung
 - II. Vertragliche Haftungsbegrenzung zugunsten eines Solidarschuldners
 - III. Haftungsbefreiung bzw. Haftungsbegrenzung kraft objektiven Rechts
 - 1. Problemlage
 - 2. Möglichkeiten der Problemlösung
 - IV. Individuelle Befreiung eines Solidarschuldners ohne Befriedigung des Gläubigers
 - 1. Problemlage
 - 2. Möglichkeiten der Problemlösung
 - V. Gesonderte Verjährung einer Solidarforderung
 - 1. Problemlage
 - 2. Möglichkeiten der Problemlösung
 - VI. Individuelle Zustimmung des Geschädigten zu dem pflichtwidrigen Verhalten eines (potentiellen) Solidarschuldners
- C. Schlussbemerkung
- Literaturhinweise

A. Einführung

Pierre Tercier hat sich immer wieder mit den Problemen beschäftigt, die im Aussen- und Innenverhältnis bei einer Mehrheit von Haftpflichtigen auftreten können¹. Aus Anlass einiger neuerer Entscheidungen des Bundesgerichts² sei ihm daher in dieser Festschrift eine kurze Betrachtung von Regressproblemen im Falle der Privilegierung eines (potentiellen) Solidarschuldners gewidmet³.

Solidarschuldner haben dem Gläubiger im Gegensatz zu Teilschuldnern jeweils die ganze Leistung zu erbringen, wobei der Gläubiger im Unterschied zur gemeinschaftlichen Schuldnerschaft die Leistung nach seiner Wahl von jedem einzelnen Solidarschuldner ganz oder zu einem Teil, insgesamt aber nur einmal verlangen kann (Art. 143

¹ Siehe dazu etwa die Nachweise im Literaturverzeichnis.

² BGE 133 III 116; BGE 133 III 6; BGE 130 III 362; BGer 4C.395/2004 und BGer 4C.27/2003.

³ Dazu auch etwa P. TERCIER, *Concours*, S. 135 ff.

Abs. 1, 144 OR). Der Begriff der Solidarität bezeichnet zum einen das Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Solidarschuldern (Aussenverhältnis: Art. 144–147 OR) und zum anderen das Verhältnis der Solidarschuldner untereinander (Innenverhältnis: Art. 148 f. OR). Die Solidarität ist dadurch gekennzeichnet, dass nebeneinander mehrere selbständige Forderungen auf die ganze Leistung existieren, die lediglich in einer auf die einmalige Befriedigung des Leistungsinteresses gerichteten Tilgungsgemeinschaft stehen⁴. Das Nebeneinander selbständiger Forderungen unterscheidet die Solidarschuld auch von der Akzessorietät wie sie etwa zwischen Haupt- und Bürgschaftsschuld und im Personenhandelsgesellschaftsrecht zwischen Gesellschafts- und Gesellschafterschuld besteht.

Die Selbständigkeit der Forderungen des Gläubigers gegen die einzelnen Solidarschuldner bedingt, dass diese ein durchaus unterschiedliches Schicksal haben können. So entsteht aufgrund eines vertraglichen bzw. gesetzlichen Haftungsausschlusses oder einer Haftungsbeschränkung zugunsten eines (potentiellen) Solidarschuldners schon gar keine oder keine vollständige Solidarschuld mit diesem. Auch bei Existenz einer Solidarschuld können ein Erlass, ein Vergleich, eine Neuierung sowie die gesonderte Verjährung einer der Forderungen dazu führen, dass ein Solidarschuldner die geschuldete Leistung überhaupt nicht mehr oder nur noch zum Teil zu erbringen hat.

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, wie sich diese Privilegierungen eines einzigen oder eines Teiles der Solidarschuldner auf die Gläubigerstellung gegenüber den übrigen Schuldnern und den Regress unter den Solidarschuldnern auswirken. Dabei soll zwischen den einzelnen Fällen der Privilegierung (Haftungsbefreiung und -begrenzung kraft Vereinbarung bzw. objektiven Rechts, individuelle Befreiung eines Solidarschuldners, gesonderte Verjährung einer Solidarforderung, individuelle Zustimmung) unterschieden und der Einfachheit wegen grundsätzlich von lediglich zwei Solidarschuldnern, d. h. einem privilegierten und einem nicht privilegierten (potentiellen) Solidarschuldner, ausgegangen werden.

B. Einzelne Problemfälle und ihre Lösung

I. Vertragliche Haftungsbefreiung eines potentiellen Solidarschuldners

1. Problemlage

Im ersten Fall entsteht bereits überhaupt keine Solidarschuld, weil ein potentiell aus Vertrag bzw. Delikt neben anderen haftender Schuldner von dieser Haftung aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung ex ante befreit wurde (z.B. Art. 100, 101 Abs. 2, 199 OR). Zu dieser Situation kommt es etwa, wenn ein einfach fahrlässig handelnder Mittäter aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Geschädigten entweder gar nicht oder nur bei grober Fahrlässigkeit bzw. Vorsatz haften sollte. In einem solchen Fall wird sich der Geschädigte an den nicht privilegierten Schädiger halten und

⁴ Siehe nur BGE 93 II 329, 334; BGE 50 III 83, 85.

von diesem den gesamten Schaden ersetzt verlangen. Dies wirft dann die Frage auf, ob sich der Anspruchsgegner dem Gläubiger oder dem privilegierten Mitschädiger gegenüber auf den Umstand berufen kann, dass ohne die zwischen dem Gläubiger und dem privilegierten Mitschädiger getroffene Vereinbarung eine Solidarität zwischen den Schädigern bestehen würde.

2. *Möglichkeiten der Problemlösung*

a) *Lösung zu Lasten des privilegierten Schädigers*

Eine Problemlösung zu Lasten des ex ante privilegierten Schädigers könnte sich auf zweierlei Weise ergeben: Zum einen könnte man der ihn privilegierenden Vereinbarung mit dem Gläubiger als Rechtsgeschäft zu Lasten eines Dritten, nämlich des nicht in gleicher Weise privilegierten potentiellen Mitschädigers und Solidarschuldners, die Wirksamkeit versagen. Zum anderen wäre es theoretisch denkbar, die in Wirklichkeit wegen der vertraglichen Haftungsbefreiung nicht bestehende Solidarschuld zwischen den beiden Schädigern zu fingieren, um dem nicht privilegierten Schädiger nach einer Schadenersatzleistung, die über den im fingierten Innenverhältnis von ihm zu tragenden Anteil hinausging, einen Regress gegen den privilegierten Schädiger nach Art. 148 Abs. 2 OR zu ermöglichen⁵.

Beide Lösungswege sind jedoch aus wertungsmässigen und dogmatischen Gründen abzulehnen. Es erscheint nämlich zunächst nicht gerechtfertigt, die vom Gläubiger ex ante willentlich herbeigeführte Privilegierung eines potentiell Haftpflichtigen, auf die dieser vertraut hat, nur deshalb wieder rückgängig zu machen, weil eine weitere Person an der sich später ergebenden Schädigung mitgewirkt hat und deswegen haftpflichtig gemacht werden kann. Es wäre auch widersinnig, wenn der privilegierte Schädiger im Falle einer alleinigen Schädigung (dann Haftungsbefreiung) besser dastünde als im Falle einer blossen Mitschädigung (dann entweder Unwirksamkeit der Haftungsbefreiung oder Begründung einer Regressverpflichtung).

Die Haftung des ex ante privilegierten Schädigers kann zudem auf den beiden genannten Wegen dogmatisch nicht befriedigend begründet werden. Der Vereinbarung, die zur Haftungsbefreiung des Privilegierten führt, kann die Wirksamkeit nicht mit der Begründung versagt werden, dass diese einen Dritten belastet. Denn zum einen ist im Zeitpunkt der Vereinbarung noch gar nicht absehbar, ob es überhaupt zu einer Schädigung kommen, es einen Mitschädiger geben und dieser durch die Vereinbarung überhaupt belastet⁶ werden wird. Derart hypothetische Erwägungen können nicht zur ex-ante-Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts führen. Denkbar wäre allenfalls, dass die endgültige Wirksamkeit der Vereinbarung von der Nichtbelastung eines später tatsächlich auf den Plan tretenden Mitschädigers abhinge. Da jedoch eine zusätzliche Be-

⁵ Dies ist auch die Konsequenz der von H. BUGNON, S. 47 f. befürworteten Gleichstellung von vorgängigem Haftungsausschluss und nachträglichem Erlass.

⁶ Eine Belastung des nicht privilegierten Schädigers entstünde nur dann, wenn dieser nicht auch alleine für den gesamten Schaden verantwortlich gemacht werden könnte und der Gläubiger ihn über seinen Schädigungsanteil hinaus erfolgreich in Anspruch nehmen würde.

lastung des Mitschädigers in diesen Fällen letztlich vermieden werden kann⁷, ist auch die Annahme einer lediglich bedingten Wirksamkeit der Haftungsbefreiung nicht zu rechtfertigen. Die zweitens denkbare Fiktion einer Solidarität zwischen dem von der Haftung befreiten und dem allein haftenden Schädiger könnte vom Richter allenfalls aus (zudem nicht vorhandenen) Billigkeitsgründen gerechtfertigt werden, wofür es an einer Ermächtigung durch das Gesetz fehlt. Denn Art. 50 Abs. 2 OR, der ggf. auch über Art. 51 Abs. 1 bzw. Art. 99 Abs. 3 OR anwendbar ist, greift überhaupt nur ein, wenn zwischen den Betroffenen eine solidarische Haftung besteht, woran es in der ersten Fallgruppe gerade fehlt.

b) Lösung zu Lasten des nicht privilegierten Schädigers

Die schlichte Anwendung der Regelungen über die vertragliche bzw. gesetzliche Haftung sowie die Solidarschuld führt in den genannten Fällen zu einer Lösung auf Kosten des nicht privilegierten Schädigers. Dieser ist nach den jeweils einschlägigen Haftungstatbeständen allein für den von ihm mitverursachten Gesamtschaden verantwortlich. Mangels Solidarität mit dem aufgrund der Haftungsbefreiung nicht verantwortlichen Mitschädiger kann er auch im Falle einer über den ansonsten von ihm im Innenverhältnis zu tragenden Anteil hinausgehenden Leistung an den Gläubiger keinen Rückgriff gegen den privilegierten Mitschädiger nehmen⁸.

Diese Lösung kann jedoch wertungsmässig und dogmatisch nur dann gerechtfertigt werden, wenn der nicht privilegierte Schädiger ausnahmsweise an der Vereinbarung der Haftungsbefreiung beteiligt war. Beruht die Haftungsbefreiung hingegen auf einer allein zwischen dem späteren Gläubiger und dem privilegierten Schädiger getroffenen Vereinbarung, darf die Ungleichbehandlung der nach dem Gesetz grundsätzlich gleich zu behandelnden (Art. 148 Abs. 1, 50 Abs. 2, 51 Abs. 2, 759 Abs. 3 OR) Mitschädiger nicht zu seinen Lasten gehen. Aus diesem Grund kann zudem nicht damit argumentiert werden, dass auch ansonsten ein Schädiger das Risiko trägt, ob jemand neben ihm haftet, identifiziert werden kann und zahlungsfähig ist. Gerade in denjenigen Fällen, in denen das Verhalten des nicht privilegierten Schädigers für sich genommen den entstandenen Schaden überhaupt nicht oder nicht in diesem Umfang verursacht hätte, sollte eine Lösung zu seinen Lasten nicht in Betracht kommen. Auch in dogmatischer Hinsicht erschiene die Vereinbarung der Haftungsbefreiung insoweit als ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter, dem die Wirksamkeit zu versagen wäre, was dann wiederum den privilegierten Schädiger ungerechtfertigt belasten würde⁹.

⁷ Dazu sogleich unter B.I.2c.

⁸ BGE 130 III 362, 369; obiter auch BGE 133 III 6, 25 f.

⁹ Zur Kritik an dieser Lösung bereits oben unter B.I.2a.

*c) Lösung zu Lasten des geschädigten Gläubigers**aa) Wertungsmässige Rechtfertigung*

Eine Lösung zu Lasten des Gläubigers lässt sich damit rechtfertigen, dass dieser der Vereinbarung der Haftungsbefreiung zumindest zugestimmt und damit seine Rechtsposition aus welchen Gründen auch immer bereits willentlich beeinträchtigt hat¹⁰.

Heranziehen lässt sich auch der hinter Art. 149 Abs. 2 OR stehende Rechtsgedanke¹¹, obwohl in der ersten Fallkonstellation aufgrund der Haftungsbefreiung des einen Schädigers die von der Vorschrift vorausgesetzte Solidarität unter den Mitschädigern erst gar nicht entsteht, der eng ausgelegte Art. 149 Abs. 2 OR eine Verantwortlichkeit des Gläubigers nur bei einer erfolgreichen Privilegierung einzelner Solidarschuldner auf Kosten der übrigen zur Anwendung gelangt und eine solche Privilegierung wegen des Verbots des Vertrages zu Lasten Dritter in casu gar nicht wirksam vereinbart werden kann¹². Danach hat der Gläubiger die Ungleichbehandlung der Mitschädiger zu verantworten und die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu tragen.

bb) Individual- statt Gesamtwirkung der vertraglichen Haftungsbefreiung

Der Gläubiger kann durch die vereinbarte Haftungsbefreiung unterschiedlich stark belastet werden, je nachdem, ob man der Vereinbarung dem Parteiwillen entsprechend lediglich eine individuelle Privilegierung des betroffenen Mitschädigers oder darüber hinaus eine Wirkung zugunsten aller potentiellen Mitschädiger beimisst. Da die Annahme einer Gesamtwirkung der Haftungsbefreiung dem Parteiwillen widerspricht und den geschädigten Gläubiger ohne Grund jeder Ersatzmöglichkeit berauben würde, sollte die Haftungsbefreiung auf den Partner der Vereinbarung beschränkt bleiben.

*cc) Möglichkeiten der dogmatischen Begründung**aaa) Relative Wirkung der Haftungsbefreiung und Doppelregress*

Das gebotene Ergebnis kann zum einen dadurch herbeigeführt werden, dass der vertraglichen Haftungsbefreiung lediglich relative Wirkung zwischen den Vertragspartnern, nicht aber auch gegenüber dem nicht privilegierten Mitschädiger beigemessen wird. Aus der Sicht des nicht privilegierten Mitschädigers bestünde dann sowohl im Aussenverhältnis zum Gläubiger wie auch im Innenverhältnis zu dem lediglich relativ gegenüber dem Gläubiger privilegierten Mitschädiger eine Solidarität. Der Gläubiger könnte dann zwar immer noch den nicht privilegierten Schädiger als Solidarschuldner in voller Höhe auf Schadenersatz in Anspruch nehmen (Art. 144 Abs. 1 OR). Dieser

¹⁰ P. TERCIER, *Concours*, S. 137; R. SCHWEIGHAUSER, S. 181.

¹¹ Für eine Anwendung von Art. 149 Abs. 2 OR im Falle einer bestehenden Solidarschuld A. KOLLER, *Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag*, 2. Aufl. Zürich 1995, N. 557.

¹² Gegen eine Anwendbarkeit von Art. 149 Abs. 2 OR daher A. v. TUHR/A. ESCHER, *OR-AT* Bd. II, 3. Aufl. Zürich 1974, S. 313 mit Fn. 123.

könnte jedoch hinsichtlich der über den im Innenverhältnis zu tragenden Anteil hinausgehenden Leistung nach Art. 148 Abs. 2 bzw. Art. 149 Abs. 1 OR gegen den privilegierten Mitschädiger Regress nehmen. Dieser könnte wiederum unter Hinweis auf die zwischen ihnen relativ wirksame Haftungsbefreiungsvereinbarung von dem Gläubiger Ersatz der an den nicht privilegierten Mitschädiger erbrachten Regressleistung bzw. Freistellung von der noch nicht erfüllten Regressforderung verlangen. Diese Problemlösung mittels doppelten Regresses (auch sog. «Regresskreisel») ist jedoch nicht nur umständlich¹³, sondern belastet die beiden Mitschädiger in einer ungerechtfertigten Weise auch mit dem Konkursrisiko ihrer jeweiligen Regressschuldner.

bbb) Kürzung des Anspruchs des rechtsmissbräuchlich handelnden Gläubigers

Vorzugswürdig ist es daher, bereits den Ersatzanspruch des Gläubigers gegen den nicht privilegierten Mitschädiger um denjenigen Betrag zu kürzen, den der Anspruchsgegner im Falle einer entstandenen Solidarität im Innenverhältnis mittels Regresses vom privilegierten Mitschädiger hätte erlangen können¹⁴. Diese Anspruchskürzung lässt sich allerdings nicht auf das schadenersatzrechtliche Bereicherungsverbot zurückführen, da dem Gläubiger durchaus ein von dem Solidarschuldner zu ersetzender Schaden in der geltend gemachten ungekürzten Höhe entstanden ist¹⁵. Auch Art. 147 Abs. 2 OR kann weder direkt (es fehlt an der Solidarität) noch analog (die Rechtsfolge der Gesamtwirkung führt zu einem unangemessenen vollständigen Anspruchsverlust) herangezogen werden¹⁶.

Denkbar wäre es jedoch zunächst, die Anspruchskürzung auf eine teilweise Drittwirkung der vereinbarten Haftungsbefreiung zugunsten des eigentlich nicht privilegierten Mitschädigers zu stützen. Eine solche Drittwirkung müsste im Wege der ergänzenden Auslegung der Haftungsbefreiungsvereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem privilegierten Mitschädiger begründet und analog zum Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter an die Voraussetzungen der Haftungsnähe des Einzubeziehenden, des Einbeziehungsinteresses des privilegierten Mitschädigers, der Erkennbarkeit der Einbeziehung und der Befreiungswürdigkeit des nicht privilegierten Mitschädigers geknüpft werden. Die ex ante zu beurteilende Haftungsnähe des nicht privilegierten Mitschädigers stünde im engen Zusammenhang mit der Erkennbarkeit der Einbeziehung. Beide Voraussetzungen wären nur dann zu bejahen, wenn bei Abschluss der Haftungsbefreiungsvereinbarung bereits ein entsprechender Schädigungsverlauf erkennbar war, weil etwa im Strassenverkehr die Mithaftung anderer Fahrzeuglenker keine Seltenheit darstellt. Das Interesse des privilegierten Mitschädigers an einer in der Höhe auf den

¹³ Krit. im Hinblick auf die Prozessökonomie auch P. GAUCH, Werkvertrag, 4. Aufl. Zürich 1996, S. 720.

¹⁴ Für diese Lösung auch P. GAUCH, Werkvertrag, 4. Aufl. Zürich 1996, S. 719 (für die Solidarität zwischen Werkunternehmer und Architekt) sowie für das deutsche Recht etwa BGHZ 155, 205 und A. WACKE, AcP 170 (1970), 42, 67 ff.

¹⁵ Demgegenüber stellt etwa P. ISLER, S. 206 das Bereicherungsverbot ohne nähere Erläuterung an den Anfang seiner Problemerkörterung.

¹⁶ Für eine sinngemässe Anwendung von Art. 147 Abs. 2 OR jedoch P. GAUCH, Werkvertrag, 4. Aufl. Zürich 1996, S. 719.

hypothetischen Regressanspruch beschränkten Einbeziehung in die Befreiungswirkung würde dann bestehen, wenn dieser befürchten müsste, ohne die teilweise Erstreckung der Befreiungswirkung von dem nicht privilegierten Mitschädiger in Regress genommen zu werden. Der eigentlich nicht privilegierte Mitschädiger könnte sich schliesslich deshalb einer teilweisen Haftungsbefreiung würdig erweisen, weil er anderenfalls allein die Last der ohne seine Mitwirkung zustande gekommenen Haftungsbefreiungsvereinbarung zu tragen hätte. Die Möglichkeit einer Haftungsbefreiung zugunsten Dritter ist jedoch wie ihr Schwesterinstitut des Vertrages mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter nicht nur im Hinblick auf ihre prinzipielle Anerkennung umstritten, sie kann angesichts der bestehenden Voraussetzungen auch nicht in jedem Fall durchgreifen. Die Begründung der lediglich teilweisen Erstreckung der Befreiungswirkung ist im beschriebenen Sinne zwar möglich, aber sehr umständlich.

Die Anspruchskürzung kann demgegenüber sehr viel einfacher und überzeugender mit dem Einwand des Rechtsmissbrauchs begründet werden. Denkbar wäre insoweit zunächst die sich aus dem Rechtsmissbrauchsverbot ergebende Einwendung, dass eine Leistung, die sogleich mangels Behaltensgrundes wieder zurückzugewähren wäre, erst gar nicht verlangt werden darf (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*). Dieser Einwendung könnte jedoch ihrerseits in casu entgegen gehalten werden, dass der Gläubiger die vom nicht privilegierten Mitschädiger erhaltene Leistung keineswegs sofort wieder mangels Behaltensgrundes an diesen zurückzugewähren hätte, sondern allenfalls dem im Wege des Regresses in Anspruch genommenen privilegierten Mitschädiger aufgrund der bestehenden Haftungsbefreiungsvereinbarung Ersatz schulden würde.

Überzeugender lässt sich die Anspruchskürzung daher mit dem allgemeinen Verbot widersprüchlichen Verhaltens begründen. Ein Gläubiger, der eine Haftungsbefreiungsvereinbarung mit einem potentiellen Schädiger trifft, schafft zunächst bei diesem das schutzwürdige Vertrauen, dass dieser im Rahmen der Befreiungswirkung weder vom Gläubiger selbst noch im Wege des Regresses von einem Dritten in Anspruch genommen werden kann. Die Geltendmachung eines ungekürzten Schadenersatzanspruchs würde sich hierzu in Widerspruch setzen, weil sie den Privilegierten nach dem soeben diskutierten Modell des Doppelregresses dem Regress von Seiten des nicht privilegierten Mitschädigers aussetzen würde. Die Geltendmachung eines ungekürzten Schadenersatzanspruchs würde sich aber vor allem auch gegenüber dem nicht privilegierten Mitschädiger als rechtsmissbräuchlich erweisen, weil der Gläubiger eine bereits aufgrund der Haftungsbefreiung willentlich herbeigeführte Schwächung seiner eigenen Rechtsposition nachträglich allein deshalb wieder zu Lasten eines Unbeteiligten zu korrigieren vermag, weil er nicht allein von dem Befreiten, sondern noch von einer weiteren Person geschädigt wurde. Dies gilt besonders in den Fällen, in denen der nicht privilegierte Mitschädiger ohne die Mitwirkung des Privilegierten entweder gar nicht oder nur zum Teil für den entstandenen Schaden haftbar gewesen wäre.

Im Bereich solidarischer Schadenersatzverpflichtungen könnte die Anspruchskürzung durch den Richter auch auf Art. 43 Abs. 1 bzw. Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 43 Abs. 1 OR gestützt werden, da in dem Gläubigerverhalten ein berücksichtigungswürdiger «Umstand» i.S.v. Art. 43 Abs. 1 OR zu sehen wäre.

dd) Sonderprobleme

Die soeben befürwortete Anspruchskürzung kann in zwei Sonderfällen auf zusätzliche Probleme stossen.

aaa) Unkenntnis des Anspruchsgegners von der Haftungsbefreiung des Mitschädigers

Zum einen ist es denkbar, dass die Haftungsbefreiung des einen Mitschädigers dem in Anspruch genommenen anderen Mitschädiger nicht bekannt ist. In diesem Fall wird dieser keine Anspruchskürzung verlangen, den vollen Schadenersatz verlangenden Gläubiger befriedigen und erst im Falle des Regresses gegen den Mitschädiger von dessen Privilegierung erfahren. Da ein Regress gegen den in jedem Fall schutzwürdigen privilegierten Mitschädiger, der wegen des bestehenden Konkursrisikos auch nicht auf einen aus der Haftungsbefreiung abzuleitenden Regressanspruch gegen den Gläubiger zu verweisen ist, nicht in Betracht kommt, muss in diesem Sonderfall ein Rückzahlungsanspruch gegen den Gläubiger in Höhe der zunächst unterlassenen Anspruchskürzung begründet werden. Dieser Anspruch ergibt sich aus Art. 62 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 Alt. 1 OR, weil der Leistung aufgrund der Anspruchskürzung teilweise der Rechtsgrund fehlte¹⁷. Einen über die Entreicherung hinausgehenden Schaden kann der in Anspruch genommene Mitschädiger zudem nach Art. 97 Abs. 1 OR ersetzt verlangen. Denn den Gläubiger traf im Rahmen des bestehenden vertraglichen bzw. spätestens durch die Schädigung begründeten gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen ihm und dem nicht privilegierten Mitschädiger eine Aufklärungspflicht, die er schuldhaft verletzt hat.

bbb) Benachteiligung des im Aussenverhältnis privilegierten Mitschädigers im Innenverhältnis

Die Anspruchskürzung stösst ferner auf Probleme, wenn auch im Innenverhältnis zwischen den Mitschädigern vor oder nach dem schädigenden Ereignis eine vom Gesetz abweichende Lastenverteilung zuungunsten des im Aussenverhältnis durch den Gläubiger privilegierten Mitschädigers getroffen wurde. So könnte sich etwa der nicht privilegierte Schädiger auf eine vollständige Anspruchskürzung berufen, wenn er aufgrund einer mit dem privilegierten Mitschädiger getroffenen Vereinbarung zur internen Lastenverteilung (vgl. Art. 148 Abs. 2 OR) gegen diesen vollen Regress nehmen könnte. Der geschädigte Gläubiger ginge dann vollständig leer aus, weil er gegen den einen Schädiger wegen der Haftungsbefreiung und gegen den anderen Schädiger wegen der vollständigen Anspruchskürzung keinen Ersatzanspruch geltend machen könnte. In diesem Sonderfall wird man daher zur Vermeidung eines unbilligen Ergebnisses nicht umhin kommen, die Anspruchskürzung entgegen der internen Lastenverteilungsvereinbarung nur in dem Umfang zuzulassen, wie sich nach dem Gesetz bzw. dem richterlichen Ermessen in casu ein Regressanspruch des in Anspruch Genommenen ergeben

¹⁷ Hiefür etwa P. GAUCH, Werkvertrag, 4. Aufl. Zürich 1996, S. 719.

würde. Die Berufung auf eine darüber hinausgehende Anspruchskürzung von Seiten des nicht privilegierten Mitschädigers müsste insoweit ihrerseits als rechtsmissbräuchlich angesehen werden. Dies sollte insbesondere in den Fällen ausser Frage stehen, in denen die Mitschädiger die Vereinbarung nachträglich zum Nachteil des Gläubigers getroffen haben.

II. Vertragliche Haftungsbegrenzung zugunsten eines Solidarschuldners

Anders als im ersten Fall entsteht bei einer vertraglichen Haftungsbegrenzung (z.B. Vereinbarung einer Haftungshöchstsumme oder Schadenspauschalierung, Beschränkung der Haftung auf bestimmte Schadensfolgen) immerhin eine Solidarschuld zwischen den Mitschädigern. Aufgrund der Haftungsbegrenzung zugunsten des privilegierten Mitschädigers weisen die einzelnen Solidarforderungen jedoch einen unterschiedlichen individuellen Leistungsumfang auf (z.B. Forderung gegen den privilegierten Schädiger CHF 1000 und gegen den nicht privilegierten Schädiger CHF 2000). In diesem Fall bestehen die Solidarität und die mit ihr verbundene Stärkung der Gläubigerposition bzw. die Tilgungsgemeinschaft nach richtiger Ansicht nur bis zur Höhe der kleineren Forderung (im Beispiel: CHF 1000)¹⁸. Auch in einem solchen Fall wird sich der Geschädigte an den nicht privilegierten Schädiger halten und von diesem den gesamten Schaden (im Beispiel: CHF 2000) ersetzt verlangen. Damit stellt sich wiederum die Frage, ob sich der Anspruchsgegner wie im ersten Fall der vertraglichen Haftungsbefreiung dem Gläubiger oder dem privilegierten Mitschädiger gegenüber auf den Umstand berufen kann, dass ohne die zwischen dem Gläubiger und dem privilegierten Mitschädiger getroffene Vereinbarung eine Solidarität zwischen den Schädigern in Höhe des entstandenen Schadens (im Beispiel: CHF 2000) bestehen würde.

Die Lösung des aufgeworfenen Problems kann in vergleichbarer Weise wie bei der gänzlichen Haftungsbefreiung eines Mitschädigers durch den Gläubiger erfolgen¹⁹. Denn auch hier wird die Entstehung einer Solidarität vom Gläubiger aufgrund des willentlichen Abschlusses einer Vereinbarung wenn auch nicht vollständig, so doch teilweise verhindert. Zu Lasten des Gläubigers ist mithin eine Anspruchskürzung in Höhe des dem nicht privilegierten Mitschädiger aufgrund der Haftungsbegrenzung hypothetisch entgehenden Regressanspruchs vorzunehmen (im Beispiel: CHF 500)²⁰.

¹⁸ BGE 95 II 333, 337; A. v. TUHR/A. ESCHER, OR-AT Bd. II, 3. Aufl. Zürich 1974, S. 298 N. 13; K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, § 10 N. 33; a. A. HK-TH. MÜLLER, Art. 144 OR N. 4.

¹⁹ Dazu oben unter I.2.

²⁰ Näher dazu oben unter I.2.c.

III. Haftungsbefreiung bzw. Haftungsbegrenzung kraft objektiven Rechts

1. Problemlage

Die dritte relevante Fallgruppe ist durch eine ähnliche Ausgangssituation wie in den beiden zuvor behandelten Fällen gekennzeichnet. Die Privilegierung des einen (potentiellen) Mitschuldners beruht hier allerdings nicht auf einer privatautonomen Entscheidung des Gläubigers und einer daraus resultierenden Vereinbarung mit dem Privilegierten, sondern auf der bewussten Privilegierung eines (potentiellen) Solidarschuldners durch den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung. Beispiele bilden die Haftungsprivilegien des unentgeltlich Leistenden (Art. 99 Abs. 2, 248 Abs. 1 OR), des Arbeitnehmers (Art. 321e Abs. 2 OR), des einfachen Gesellschafters (Art. 538 Abs. 1 OR) und des Urteilsunfähigen (Art. 18 ZGB, Art. 54 OR). Individuelle Haftungsbegrenzungen können sich nicht nur aus Sonderregelungen (z.B. Art. 6 PrHG), sondern auch als Folge von individuellen Herabsetzungsgründen (z.B. Art. 43 Abs. 1, 44 OR)²¹ ergeben. Faktische Haftungsprivilegien, die daher rühren, dass Solidarschuldner aufgrund einer persönlichen Beziehung zum Gläubiger von diesem häufig gar nicht in Anspruch genommen oder sonst bevorzugt behandelt werden²², sind insoweit allerdings nicht zu berücksichtigen, da sie Folge der Selbständigkeit der Forderungsrechte und der dem Gläubiger vom Gesetz gegebenen Wahlmöglichkeiten (vgl. Art. 144 Abs. 1, 147 Abs. 2 OR) sind.

2. Möglichkeiten der Problemlösung

In Anbetracht von Haftungsbefreiungen oder -begrenzungen des objektiven Rechts ist zunächst der Wille des Gesetzgebers bzw. der Rechtsprechung zu respektieren, den Begünstigten in der entsprechenden Weise auch bei Existenz weiterer Mitschädiger zu privilegieren. Dogmatisch würde der interne Rückgriff des haftpflichtigen Mitschädigers zudem eine hier nicht gegebene Haftung des Anspruchsgegners im Aussenverhältnis voraussetzen. Eine Problemlösung zu Lasten des privilegierten Schädigers durch Nichtbeachtung des Haftungsprivilegs kommt daher nicht in Frage²³.

Auch die sich in den ersten beiden Fallgruppen aufdrängende Lösung über eine Kürzung des Ersatzanspruchs des Gläubigers kann hier nicht ohne weiteres zum Tragen kommen, da dem für das Haftungsprivileg nicht verantwortlichen Gläubiger kein widersprüchliches Verhalten vorgeworfen werden kann, wenn er – der gesetzlichen Lage entsprechend – allein von dem nicht privilegierten Schädiger die Begleichung des ge-

²¹ Zum umstrittenen Konzept der differenzierten Solidarität und insbesondere zur Berücksichtigung unterschiedlicher Verschuldensgrade bereits im Aussenverhältnis näher P. TERCIER, *La solidarité*, S. 71 ff. und G. JANSEN, S. 77 ff.; zurückhaltend die st. Rspr. (siehe etwa BGE 112 II 138, 143 f.).

²² Dazu H. BUGNON, S. 48 ff.

²³ So etwa auch BGE 95 II 333, 339 f.; K. OFTINGER/E. W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, § 10 N. 84; H. BUGNON, S. 43 f. und R. SCHWEIGHAUSER, S. 179; für das Haftungsprivileg der Eltern nach § 1664 Abs. 1 dtBGB J. HAGER, NJW 1989, 1640, 1646 f.

samen ihm entstandenen Schadens verlangt²⁴. Das Haftungsprivileg, das ausdrücklich nur dem einen Mitschädiger zugute kommen sollte, kann zudem nicht einfach auf weitere Personen erstreckt werden. Die Verweigerung der Anspruchskürzung wäre auch wertungsmässig jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn der nicht privilegierte Mitschädiger auch für sich allein für den entstandenen Schaden verantwortlich gemacht werden könnte.

Eine Anspruchskürzung in Höhe des hypothetisch entgangenen Regressanspruchs könnte wertungsmässig nur dann und insoweit geboten sein, als der nicht privilegierte Mitschädiger für den entstandenen Schaden nur aufgrund des Zusammenwirkens mit dem Mitschädiger verantwortlich gemacht werden könnte, wie dies bei einer kumulativen Kausalität der Tatbeiträge der Fall wäre. Da der Richter aber auch insoweit nicht zu einer Billigkeitsentscheidung nach eigenem Ermessen, sondern zur Anwendung der eine Mitverursachung ausreichen lassenden haftungsrechtlichen Grundsätze verpflichtet ist, kann auch insoweit eine Anspruchskürzung dogmatisch nicht gerechtfertigt werden²⁵. Sie nähme dem Gläubiger gerade den typischen Vorteil der Solidarität. Es kommt dem Schädiger mithin nicht zugute, dass noch ein anderer an der Schädigung mitgewirkt hat, den er im Anschluss an seine eigene Inanspruchnahme durch den Geschädigten wegen eines gesetzlichen oder richterlichen Haftungsprivilegs nicht in Regress nehmen kann. Der nicht privilegierte Mitschädiger haftet daher in dieser Fallgruppe nicht anders als ein Alleinschädiger, der nur aufgrund des Zusammenwirkens seines Verhaltens mit Naturkräften einen Schaden verursacht, oder als ein Schädiger, dessen Mitschädiger urteilsunfähig, unbekannt oder zahlungsunfähig ist.

IV. Individuelle Befreiung eines Solidarschuldners ohne Befriedigung des Gläubigers

1. Problemlage

In der vierten und zuletzt am häufigsten diskutierten Fallgruppe wird einer der Solidarschuldner von dem in seinem Leistungsinteresse noch nicht befriedigten Gläubiger ganz oder teilweise von der Solidarschuld durch Erlass (Art. 115 OR)²⁶, Vergleich²⁷ oder Neuerung (Art. 116 OR)²⁸ befreit. Im Gegensatz zu den bislang behandelten Problemfällen ist hier zunächst eine Solidarschuld im Aussen- und Innenverhältnis entstanden, die die Beteiligten den Art. 143 ff. OR und insbesondere dem hierauf zugeschnittenen Art. 147 Abs. 2 OR unterwirft. Der im Aussenverhältnis lediglich individuell befreite Schuldner bleibt den Mitschuldnern nach Art. 148 f. OR im Innenverhältnis ausgleichspflichtig, so dass seine Haftungsbefreiung im Ergebnis ganz oder teilweise leer laufen kann. Es stellt sich damit auch hier die Frage, ob dieses Ergebnis nicht entweder zu Lasten des Gläubigers durch die Annahme einer Gesamtwirkung

²⁴ So auch eine Lösung zu Lasten des Mitschädigers befürwortend BGE 113 II 323, 330 f. und P. TERCIER, *Concours*, S. 136 f.

²⁵ H. BUGNON, S. 44 f.

²⁶ BGE 33 II 140.

²⁷ BGE 34 II 493; BGE 107 II 226; BGer 4C.27/2003; BGer 4C.395/2004 und BGE 133 III 116.

²⁸ BGE 126 III 375.

der Befreiung zugunsten aller Solidarschuldner, durch die Umwandlung der Solidarschuld in Teilschulden bzw. durch eine Kürzung seines Anspruchs gegen die übrigen Solidarschuldner um den diesen verwehrten Regressanspruch oder aber zu Lasten der Mitschuldner durch ein Regressverbot gegen den im Aussenverhältnis bereits befreiten Schuldner zu korrigieren ist.

2. Möglichkeiten der Problemlösung

a) Gesamtwirkung der Befreiungsvereinbarung

Nach Art. 147 Abs. 2 OR wirkt die Befreiung des einen Solidarschuldners grundsätzlich nicht zugunsten der anderen Solidarschuldner. Zu einer Gesamtwirkung des von der Schuld befreienden Rechtsgeschäfts kommt es nur, wenn die Umstände oder die Natur des Rechtsgeschäfts dies rechtfertigen. Dabei ist Tendenzen entgegenzutreten, wegen vermeintlich fehlender dogmatischer Alternativen zu leichtfertig eine vom Gläubiger in aller Regel nicht akzeptierte und ihn stark belastende Gesamtwirkung anzunehmen. Insbesondere kann nicht allein aufgrund der Existenz allfälliger Regressmöglichkeiten gegen den befreiten Solidarschuldner nach Art. 148 Abs. 2 oder Art. 55 Abs. 2 OR das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Art. 147 Abs. 2 OR im Ergebnis umgekehrt werden²⁹.

aa) Gesamtwirkung aufgrund besonderer Umstände

aaa) Gesamtwirkung kraft Parteiwillens

Zu den besonderen Umständen, die eine ausnahmsweise Gesamtwirkung im Einzelfall nach Art. 147 Abs. 2 OR rechtfertigen, gehört zunächst die ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung einer Gesamtwirkung³⁰. Während die ältere Rechtsprechung noch strenge Anforderungen an die Vereinbarung einer Gesamtwirkung stellte³¹, scheinen die Voraussetzungen zuletzt mit Blick auf das objektiv gewünschte Ergebnis in fragwürdiger Weise gelockert worden zu sein³².

Die Vereinbarung einer Gesamtwirkung setzt zunächst voraus, dass den Parteien die Existenz weiterer Solidarschuldner bekannt ist³³. Dies ist insbesondere der Fall, wenn

²⁹ So auch BGE 34 II 140, 146 f.; BGE 34 II 493, 498 f.; BGE 133 III 116, 120; im Grundsatz auch BGE 107 II 226 E. 3b.

³⁰ OSER-SCHÖNENBERGER, Art. 147 OR, N. 5 ff.

³¹ BGE 33 II 140, 146 f. (keine Gesamtwirkung bei einem mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des einen Solidarschuldners erfolgten Erlass); ebenso für zwei Vergleiche BGE 34 II 493, 498 f.

³² BGE 107 II 226, 230 (Gesamtwirkung kraft Parteiwillens bei Ausstellung einer Saldoquittung mit beschwichtigenden Worten); BGer 4C.27/2003 E.3.5.4 (Gesamtwirkung bei vergleichsweisem Verzicht auf alle übrigen Forderungen «à quelque titre que ce soit» und fehlendem Vorbehalt der rechtlich beratenen Gläubigerin); BGer 4C.395/2004 E.2 (Gesamtwirkung bei anhaltend passivem Verhalten gegenüber einer zunächst mitbetriebenen Solidarschuldnerin nach Abschluss eines Vergleichs mit einer anderen Solidarschuldnerin).

³³ BGE 34 II 80, 84.

im Zuge der Gespräche zwischen dem Gläubiger und dem zu befreienden Solidarschuldner die Möglichkeit von Regressansprüchen weiterer Solidarschuldner gegen den zu Befreienden ausdrücklich thematisiert wurde. Die blossе Kenntnis des Gläubigers von der Existenz weiterer Solidarschuldner oder bestehender Regressgefahren genügt für die Annahme eines Vertrages zugunsten der anderen Solidarschuldner jedoch noch nicht. Entgegen einer insbesondere in der Rechtsprechung verbreiteten Ansicht reicht es für die Annahme einer Gesamtwirkung auch nicht aus, dass der Gläubiger den privilegierten Solidarschuldner nicht nur im Aussenverhältnis, sondern auch im Innenverhältnis von jeglicher Haftung endgültig freistellen wollte³⁴. Diese Freistellung kann nämlich auch auf andere Weise als über die Annahme einer Gesamtwirkung, die den Gläubiger sämtlicher Solidarforderungen berauben würde, begründet werden³⁵. In aller Regel wird sich der Gläubiger, der von weiteren Solidarschuldnern Kenntnis hat, sogar ausdrücklich oder konkludent ein weiteres Vorgehen gegen diese vorbehalten. So wird etwa die Konkursverwaltung einer Aktiengesellschaft nicht selten mit einzelnen nach Art. 754 ff. OR solidarisch verantwortlichen Organpersonen einen aussergerichtlichen Vergleich bewusst ohne Gesamtwirkung abschliessen, um von diesen Informationen zu erhalten und erste Mittel für die in der Folge vorgesehenen Verantwortlichkeitsprozesse gegen die übrigen verantwortlichen Organmitglieder zu generieren³⁶.

bbb) Gesamtwirkung kraft objektiver Sondersituation

Auch in objektiver Hinsicht bereitet die Begründung einer Gesamtwirkung Schwierigkeiten. Die Erteilung einer Quittung oder die Rückgabe eines Schuldscheins an den befreiten Solidarschuldner besagt entgegen einer in Rechtsprechung³⁷ und Lehre³⁸ geäusserten Ansicht nicht mehr, als dass der Gläubiger den einen Solidarschuldner von der ihm gegenüber bestehenden individuellen Aussenhaftung befreit hat³⁹. Selbst wenn man darin ein Indiz für die endgültige Freistellung des betreffenden Solidarschuldners auch von Regressansprüchen im Innenverhältnis erblicken wollte, kann dies noch nicht als besonderer Umstand für die Rechtfertigung einer vollständigen Entrechnung des Gläubigers gegenüber sämtlichen Solidarschuldnern betrachtet werden. Auch der Umstand, dass der Gläubiger wie etwa bei einem Vergleich aus der befreienden Vereinbarung bzw. aus dem dieser zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäft einen eigenen Vorteil zieht, kann für sich genommen noch nicht die Gesamtwirkung kraft objektiven Rechts rechtfertigen⁴⁰. Erst wenn der eigene Vorteil des Gläubigers ein Ausmass aufweist, der den Vorteil des auch im Innenverhältnis von Regressansprüchen befreiten Solidarschuldners übersteigt, kann dies als Indiz für eine sich auf einzelne weitere oder

³⁴ BGE 107 II 226, 230; BGer 4C.27/2003 E.3.5.4.

³⁵ Siehe unten unter B.IV.2.c.

³⁶ Näher zu dieser praktisch bedeutsamen Fallkonstellation P. ISLER, in: FS Nobel 2005, S. 195 ff.

³⁷ BGE 107 II 226, 230.

³⁸ A. v. TUHR/A. ESCHER, OR-AT Bd. II, 3. Aufl. Zürich 1974, S. 245; K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, § 10 N. 38.

³⁹ So auch BGE 34 II 80, 84.

⁴⁰ BGer 4C.395/2004 E.2.1 misst diesem Umstand grosse, wenn auch nicht allein entscheidende Bedeutung zu.

alle anderen Solidarschuldner erstreckende Befreiungswirkung kraft Parteiwillens in Form eines Vertrages zugunsten Dritter gedeutet werden. Gegen den Willen des Gläubigers sollte aber auch insoweit keine Gesamtwirkung eintreten.

bb) Gesamtwirkung aufgrund der Natur der Verbindlichkeit

Mit der Natur der Verbindlichkeit wird auf Art, Inhalt und Zweck der geschuldeten Leistung sowie auf den materiellen Schuldgrund verwiesen⁴¹. Eine Gesamtwirkung könnte danach möglicherweise angenommen werden, wenn der Privilegierte im Innenverhältnis der Solidarschuldner zum (nahezu) vollen Ausgleich verpflichtet wäre und der hiervon wissende Gläubiger mithin die Vergleichswirkungen durch eine Inanspruchnahme der übrigen Solidarschuldner im Ergebnis wieder zunichte machen könnte⁴². Doch auch in diesem Fall würde es eine unverhältnismässige Belastung des Gläubigers bedeuten, diesen ohne seinen Willen sämtlicher Solidarforderungen zu berauben, zumal für den gebotenen Schutz des individuell Befreiten andere Möglichkeiten zur Verfügung stehen⁴³.

b) Individuelle Befreiung des privilegierten Solidarschuldners allein im Aussenverhältnis

Die der Gesamtwirkung der Befreiungsvereinbarung entgegen gesetzte Lösung stellt die bloss auf das Aussenverhältnis zum Gläubiger beschränkte Befreiung dar. Da der privilegierte Solidarschuldner damit aber weiterhin allfälligen Regressansprüchen nach Art. 148 Abs. 2 OR⁴⁴ ausgesetzt bleibt, dürfte dies zumeist nicht dem Willen der Vertragspartner entsprechen. Insbesondere bei einer aus Sicht des Gläubigers nicht rein uneigennützigen Vereinbarung wird dieser regelmässig zumindest konkludent einen auch auf das Innenverhältnis bezogenen Befreiungswillen äussern müssen, da sich anderenfalls der befreite Solidarschuldner angesichts drohender Regressverpflichtungen kaum zum Abschluss entsprechender Vereinbarungen bereit erklären wird.

⁴¹ So auch OSER-SCHÖNENBERGER, Art. 147 OR, N. 5 ff.

⁴² Mit Sympathien für eine Lösung zu Lasten des Gläubigers letztlich offen gelassen von BGE 107 II 226, 228 ff.; für das deutsche Recht befürwortend A. WACKE, AcP 170 (1970), 42, 44 f.

⁴³ Dazu sogleich noch unter B.IV.2.c und d.

⁴⁴ Nach Art. 149 Abs. 1 OR besteht hingegen keine Rückgriffsforderung, weil aufgrund der individuellen Befreiung keine der Subrogation fähige Forderung zwischen dem Gläubiger und dem privilegierten Solidarschuldner mehr existiert.

c) *Individuelle Befreiung des privilegierten Solidarschuldners im Aussen- und Innenverhältnis*

aa) *Ausschluss des Innenregresses durch Vereinbarung zwischen den Solidarschuldnern*

Kraft Parteiwillens kann der Regress eines nicht befreiten Solidarschuldners gegen den vom Gläubiger befreiten Solidarschuldner zunächst aufgrund einer für den Fall der Individualbefreiung getroffenen Vereinbarung zwischen den Solidarschuldnern ausgeschlossen sein. Solche Vereinbarungen sind jedoch selten.

bb) *Ausschluss des Innenregresses durch Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem privilegierten Solidarschuldner*

aaa) *Ausschluss durch unmittelbaren Entzug der Regressmöglichkeit*

Die Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem befreiten Solidarschuldner, diesen auch von einem allfälligen Innenregress des nicht befreiten Solidarschuldners freizustellen, kann keine unmittelbare Wirkung entfalten, da eine solche Vereinbarung als Vertrag zu Lasten eines Dritten zu qualifizieren wäre⁴⁵.

bbb) *Ausschluss durch Umwandlung der Solidarschuld in eine Teilschuld*

Denkbar wäre es jedoch, die Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem befreiten Solidarschuldner dahingehend auszulegen, dass sich der Gläubiger damit gegenüber dem befreiten Solidarschuldner verpflichten wollte, die anderen Solidarschuldner künftig als Teilschuldner zu behandeln, sie nur entsprechend ihrer im Innenverhältnis zu tragenden Anteile in Anspruch zu nehmen und auf diese Weise den Innenregress zwischen den Solidarschuldnern auszuschliessen⁴⁶. Kraft der Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem befreiten Solidarschuldner entstünden dann Teilschulden der verbliebenen Schuldner. Da diese aus der Umwandlung der Solidarschuld in eine Teilschuld einen Vorteil ziehen würden, wäre die Änderungsvereinbarung als Vertrag zugunsten Dritter auch ohne ihre Zustimmung wirksam. Für den Gläubiger wäre der Verlust seiner durch die Solidarität privilegierten Stellung auch weniger einschneidend als eine Gesamtwirkung der Befreiung. Da der Gläubiger auf diese Weise jedoch sein Wahlrecht nach Art. 144 Abs. 1 OR verlöre und entgegen Art. 144 Abs. 2 OR das individuelle Ausfallrisiko der einzelnen Schuldner zu tragen hätte, ist auch diese Lösung nur bei einem zumindest konkludent nach dem Vertrauensprinzip zum Ausdruck gekommenen entsprechenden Gläubigerwillen denkbar. Die Lösung hat zudem den

⁴⁵ Dies ist unbestritten; siehe nur K. OETINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, § 10 N. 40.

⁴⁶ Für diese Lösung BGer 4C.358/2005 E.4.6 und KGE ZWR 1999, 212, 213; ferner bereits A. v. TUHR/A. ESCHER, OR-AT Bd. II, 3. Aufl. Zürich 1974, S. 313 mit Fn. 125 im Anschluss an P. OERTMANN, § 423 BGB N. 4 sowie in neuerer Zeit für Sonderbereiche etwa P. GAUCH, Werkvertrag, 4. Aufl. Zürich 1996, S. 719; P. FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl. Zürich 1987, N. 371 mit Fn. 680 und P. ISLER, S. 204 f.

Nachteil, dass in Fällen, in denen der Gläubiger von einem der Teilschuldner bewusst oder unbewusst zu viel verlangte, eine ggf. komplizierte bereicherungsrechtliche Rückabwicklung erforderlich werden würde.

ccc) Ausschluss durch Kürzung des Gläubigeranspruchs gegen die nicht befreiten Solidarschuldner um den Regressanteil des befreiten Schuldners

Fehlt es an einem Willen des Gläubigers, die anderen Solidarschuldner ebenfalls zu befreien oder die um den Befreiungsbetrag reduzierte Solidarschuld in Teilschulden der verbliebenen nicht privilegierten Schuldner umzuwandeln, bleibt nur die Möglichkeit, von einer fortbestehenden Solidarschuld der nicht privilegierten Schuldner auszugehen, den Gläubigeranspruch gegen die nicht befreiten Solidarschuldner jedoch um den Regressanteil des befreiten Schuldners zu kürzen⁴⁷. Hierdurch würde der im Aussenverhältnis befreite Solidarschuldner auch im Innenverhältnis weitgehend von einer Rückgriffshaftung freigestellt. Lediglich der Ausfallhaftung nach Art. 148 Abs. 3 OR bliebe er ausgesetzt, was angesichts seiner ursprünglich auch im Aussenverhältnis gegebenen Zugehörigkeit zur solidarischen Haftungsgemeinschaft insbesondere bei einer willentlich begründeten Solidarität⁴⁸ vertretbar erscheint. Die Kürzung des Gläubigeranspruchs um den Regressanteil des befreiten Solidarschuldners ergäbe sich allerdings nur dann aus einer Auslegung der Befreiungsvereinbarung, wenn der Gläubiger den privilegierten Solidarschuldner nicht nur im Aussenverhältnis, sondern wie zumeist auch im Innenverhältnis von einer Haftung freistellen wollte. Aufgrund der Kürzung des Gläubigeranspruchs um den Regressanteil des individuell befreiten Solidarschuldners erlitten die nicht privilegierten Solidarschuldner auch keinen Nachteil und würden sogar von dem im Falle des Regresses bestehenden Risiko der Zahlungsunwilligkeit bzw. -unfähigkeit des privilegierten Solidarschuldners befreit. Die Befreiungsvereinbarung würde damit auch keinen Vertrag zu Lasten Dritter darstellen, der generell und speziell auch nach Art. 146 OR unzulässig wäre.

cc) Ausschluss des Innenregresses kraft objektiven Rechts

In Ermangelung der beschriebenen möglichen Parteivereinbarungen könnte der Innenregress schliesslich noch kraft objektiven Rechts ausgeschlossen sein. Die Problemlösung ginge damit zu Lasten des über seinen im Innenverhältnis zu tragenden Anteil hinaus in Anspruch genommenen nicht befreiten Solidarschuldners. Da dies der gesetzlichen Regellage (vgl. Art. 148 Abs. 2 bzw. Art. 55 Abs. 2 OR) widerspräche, müssten für ein solches Vorgehen besondere Gründe vorgebracht werden können. Solche Gründe sind jedoch nicht ersichtlich. Der nicht befreite Solidarschuldner handelte im Falle einer übermässigen Inanspruchnahme nicht rechtsmissbräuchlich, wenn er gegen den befreiten Solidarschuldner einen Regressanspruch erhöhe, zumal der in An-

⁴⁷ So für den Erlass auch N. SBAI, S. 113 ff.

⁴⁸ So kann ein Solidarschuldner etwa in den Fällen von Art. 50 Abs. 1, 55 und Art. 143 Abs. 1 OR Einfluss auf die Auswahl der Mitschuldner gerade auch im Hinblick auf deren Zahlungsfähigkeit nehmen.

spruch genommene befreite Solidarschuldner aufgrund der Vereinbarung seinerseits einen Regressanspruch gegen den Gläubiger und damit lediglich das Risiko von dessen Zahlungsunwilligkeit bzw. -unfähigkeit zu tragen hätte.

d) Freistellungsverpflichtung des Gläubigers gegenüber dem privilegierten Solidarschuldner

Schliesslich kann die Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und dem privilegierten Solidarschuldner bei einem entsprechenden Parteiwillen auch dahin gehen, dass der Gläubiger den privilegierten Solidarschuldner nicht nur im Aussenverhältnis befreit, sondern auch im Innenverhältnis von allfälligen Ausgleichsforderungen der anderen Solidarschuldner freistellt bzw. diesem die Aufwendungen aus einer tatsächlichen Inanspruchnahme erstattet⁴⁹. Diese Lösung hätte für den befreiten Solidarschuldner lediglich den Nachteil, dass er gegebenenfalls das Risiko der Zahlungsunwilligkeit bzw. -unfähigkeit des Gläubigers zu tragen hätte. Für den Gläubiger hätte sie gegenüber anderen Lösungen den Vorteil, dass ihm die übrigen Solidarschuldner weiterhin solidarisch haften würden.

V. Gesonderte Verjährung einer Solidarforderung

1. Problemlage

Aufgrund der Möglichkeit einer unterschiedlichen Verjährung der Solidarforderungen im Aussenverhältnis und der gesonderten Verjährung des Rückgriffsanspruchs nach Art. 148 Abs. 2 OR kann sich nicht selten die Situation ergeben, dass ein Solidarschuldner zwar dem Gläubiger, nicht jedoch einem vom Gläubiger in Anspruch genommenen und nunmehr gegen ihn Rückgriff nehmenden Mitschuldner die Einrede der Verjährung entgegenhalten kann. Bevor die zuletzt auch verschiedentlich in der Rechtsprechung⁵⁰ virulent gewordene Frage behandelt wird, ob eine Lösung zu Lasten des Gläubigers oder aber des Mitschuldners bzw. des durch die Verjährung zunächst nur im Aussenverhältnis privilegierten Solidarschuldners herbeizuführen ist, soll noch kurz auf die Entstehungsgründe des Problems eingegangen werden.

a) Privilegierung eines Solidarschuldners aufgrund einer unterschiedlichen Verjährung der einzelnen Solidarforderungen im Aussenverhältnis

Da nach Art. 136 Abs. 1 Alt. 1 OR die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner auch gegen die übrigen Mitschuldner wirkt, kann es zu einer unterschiedlichen Verjährung der einzelnen Solidarforderungen nur durch einen unterschiedlichen Verjährungsbeginn oder unterschiedliche Verjährungsfristen kommen.

⁴⁹ Zu dieser Möglichkeit auch U. HOFFMANN-NOWOTNY/H. C. VON DER CRONE, SZW 2007, 261, 267.

⁵⁰ BGE 127 III 257; BGE 130 III 362 (in casu jedoch zugleich Versäumung der Rügeobliegenheit) und BGE 133 III 6, 10 ff. (mit einer ausführlichen Darstellung des Meinungsstandes).

Dies ist insbesondere bei zeitlich auseinander liegenden Verpflichtungshandlungen und bei der sog. unechten Solidarität aufgrund unterschiedlicher Verpflichtungsgrundlagen denkbar. Ausserdem kommen individuelle Vereinbarungen über die Verkürzung der Verjährung in Betracht. Erhebt nun der Solidarschuldner, gegen den die Forderung des Gläubigers verjährt ist, die Einrede der Verjährung (vgl. Art. 142 OR), ist die Forderung individuell gegen diesen nicht mehr durchsetzbar. Der Gläubiger wird sich daher an den oder die Solidarschuldner wenden, gegen die seine Forderung noch nicht verjährt ist.

b) Verjährung der Subrogationsforderung nach Art. 149 Abs. 1 OR

Da die Subrogationsforderung nach Art. 149 Abs. 1 OR mit der Forderung des Gläubigers gegen den privilegierten Solidarschuldner identisch und mithin in der hier zugrunde gelegten Ausgangssituation verjährt ist, kann diese gegen eine entsprechende Einrede des regresspflichtigen Solidarschuldners ebenfalls nicht mehr durchgesetzt werden (Art. 142 OR)⁵¹.

c) Eigenständige Verjährung des Regressanspruchs nach Art. 148 Abs. 2 OR

Demgegenüber entsteht der Regressanspruch nach Art. 148 Abs. 2 OR als eigener Anspruch im Zeitpunkt der übermässigen Befriedigung des Gläubigers durch einen der Solidarschuldner⁵². Nach richtiger Auffassung beginnt in diesem Zeitpunkt auch die absolute Verjährung des Regressanspruchs neu zu laufen, was allgemeinen Grundsätzen (Art. 130 Abs. 1 OR) und speziellen Rückgriffsregelungen (z.B. Art. 507 Abs. 5, 878 Abs. 2 OR) entspricht⁵³. Anders als im Falle von Art. 149 Abs. 1 OR läuft die Verjährung der Solidarforderung des Gläubigers gegen den leistenden Solidarschuldner für dessen Regressanspruch nicht einfach weiter. Ein solches Weiterlaufen der externen Verjährung im Regressverhältnis könnte zwar dann, wenn die massgebliche Frist die längste Verjährungsfrist der durch Solidarität verbundenen Forderungen gewesen sein sollte, mit dem berechtigten Vertrauen der Solidarschuldner, ab einem bestimmten Zeitpunkt insgesamt nicht mehr in Anspruch genommen werden zu können, gerechtfertigt werden. Dies widerspräche jedoch dem Umstand, dass die Regressmöglichkeiten nach Art. 148 Abs. 2 OR (eigener Anspruch) und Art. 149 Abs. 1 OR (Subrogation) bewusst unterschiedlich ausgestaltet wurden und der Anspruch nach Art. 148 Abs. 2

⁵¹ Vgl. generell zum Erwerb der Subrogationsforderung mit laufender bzw. eingetretener Verjährung W. FELLMANN, Regress, S. 18 f. und F. KRAUSKOPF/A. MÜLLER, HAVE 2006, 321, 325 f.

⁵² BGE 115 Ib 274, 291; BGE 127 III 257, 266; BGE 130 III 362, 369; H. REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl. Zürich 2003, N. 1496.

⁵³ So auch im Ergebnis BGE 116 II 645, 650; BGE 127 III 257, 267; BGE 133 III 6, 24 ff. und obiter BGE 89 II 118, 123; ferner K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, § 10 N. 82; BK-BREHM, Art. 50 N. 64; F. KRAUSKOPF/A. MÜLLER, HAVE 2006, 321, 324 (unter Hinweis auf Art. 83 Abs. 3 SVG, Art. 59d USG und Art. 32 Abs. 2 GTG) und OR HK-TH. MÜLLER, Art. 148 N. 5 (unter Hinweis auf eine Analogie zu Art. 507 Abs. 5 OR); a. A. BGE 55 II 118, 123 (Verjährungsbeginn bereits mit Entstehung des externen Gläubigeranspruchs) und BGE 115 II 42, 48 ff. (Verjährungsbeginn mit Kenntnis von der Rückgriffsmöglichkeit).

OR nach allgemeinen Grundsätzen ab dem Zeitpunkt seiner Entstehung gesondert verjährt.

Die gesetzlich nicht gesondert geregelte Verjährungsfrist des Rückgriffsanspruchs von Art. 148 Abs. 2 OR kann auf fünf verschiedene Arten bestimmt werden. Zum einen kann sich die Frist der Regressanspruchsverjährung nach der Verjährungsfrist der vom Gläubiger gegen den leistenden Solidarschuldner geltend gemachten Forderung richten. Da es sich im Gegensatz zu der Regressmöglichkeit nach Art. 149 Abs. 1 OR bei dem Regressanspruch nach Art. 148 Abs. 2 OR jedoch um einen eigenen Anspruch handelt, kann diese Lösung dogmatisch nicht überzeugen. Sie kann auch nicht mit Vertrauensschutzüberlegungen gerechtfertigt werden, da die Regressverjährung ohnehin neu zu laufen beginnt und der Regresspflichtige allenfalls auf die für die Verjährung der gegen ihn gerichteten Forderung geltende Frist vertrauen durfte. Zum anderen kann sich die Frist der Regressanspruchsverjährung nach der Verjährungsfrist der vom Gläubiger gegen den regresspflichtigen Solidarschuldner bestehenden, inzwischen aber nicht mehr durchsetzbaren Forderung richten⁵⁴. Auch diese Sichtweise verkennt jedoch die Eigenständigkeit der Regressforderung nach Art. 148 Abs. 2 OR. Da drittens mit der übermässigen Leistung eines Solidarschuldners an den Gläubiger eine Befreiung und damit Bereicherung der anderen Solidarschuldner verbunden ist (vgl. Art. 147 Abs. 1 OR), kann man den Regressanspruch nach Art. 148 Abs. 2 OR auch als einen Sonderfall der Leistungskondition (vgl. Art. 62 Abs. 1 und Abs. 2 Alt. 1 OR) betrachten und Art. 67 Abs. 1 OR analog heranziehen⁵⁵. Denkbar wäre sodann noch eine Analogie zu der einzigen einen solchen Rückgriffsanspruch im OR⁵⁶ betreffenden Sonderregelung in Art. 878 Abs. 2 OR. Danach würde der Anspruch unabhängig von der Kenntnis der Regressmöglichkeit ein Jahr nach der Leistung an den Gläubiger verjähren. Schliesslich ist es denkbar, in Ermangelung einer speziellen gesetzlichen Regelung auf die allgemeinen Fristenregelungen der Art. 127 ff. OR zurückzugreifen.

d) Eigenständige Verjährung vertraglicher Regressansprüche

Neben die Regressansprüche aus Art. 148 Abs. 2, 149 Abs. 1 OR können zudem noch vertragliche Ausgleichsansprüche aufgrund eines zwischen den Solidarschuldnern bestehenden besonderen Schuldverhältnisses treten (z.B. Art. 402, 422, 537 Abs. 1 OR). Auch diese Regressansprüche entstehen erst mit der übermässigen Befriedigung des Gläubigers und verjähren ab diesem Zeitpunkt in der für die jeweilige Forderung vorgesehenen Verjährungsfrist.

⁵⁴ So die h. M.; siehe etwa BGE 55 II 118, 123; BGE 133 III 6, 24 ff. und K. OFTINGER/E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, § 10 N. 82 und § 16 N. 389; F. KRAUSKOPF/A. MÜLLER, HAVE 2006, 321, 325; I. SCHWENZER, OR-AT, N. 88.39 (unter Hinweis auf Art. 59d USG); offen gelassen in BGE 115 II 42, 49.

⁵⁵ So etwa BUGNON, S. 144 ff.; K. SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. 1, Basel 1975, S. 491; BK-BREHM, Art. 51 OR N. 143; offen gelassen in BGE 115 II 42, 49; krit. F. KRAUSKOPF/A. MÜLLER, HAVE 2006, 321, 325.

⁵⁶ Ausserhalb des OR finden sich weitere Regelungen zur Verjährung eigenständiger Regressansprüche, die zum Teil eine eigenständige Verjährungsfrist (z.B. Art. 83 Abs. 3 SVG) und zum Teil eine dem Hauptanspruch entsprechende Verjährungsfrist (z.B. Art. 59d USG, Art. 32 Abs. 2 GTG) vorsehen.

2. Möglichkeiten der Problemlösung

a) Lösung zu Lasten der nicht privilegierten Solidarschuldner

Eine Problemlösung zu Lasten der nicht privilegierten Solidarschuldner kann sich nur dann ergeben, wenn der Regressanspruch nach Art. 148 Abs. 2 OR gegen den durch die Verjährung im Aussenverhältnis privilegierten Solidarschuldner ausnahmsweise unter den soeben dargelegten Voraussetzungen seinerseits verjährt ist.

Im Übrigen sind keine Gründe ersichtlich, den aufgrund seiner nicht verjährten Schuld vom Gläubiger noch in Anspruch genommenen Solidarschuldner seines Rückgriffsrechts zu berauben⁵⁷. Aufgrund der lediglich im Aussenverhältnis eingetretenen Verjährung durfte sich der privilegierte Schuldner auch nur in diesem Verhältnis, nicht aber auch im Innenverhältnis vor einer Inanspruchnahme sicher wähnen. Der sich entgegen seinen Erwartungen weiteren Mitschuldnern gegenüber sehende Schuldner hat gleichermassen die Vorteile (blosse anteilige Mithaftung im Innenverhältnis) wie die Nachteile (Gefahr des internen Regresses trotz externer Befreiung bzw. Einredemöglichkeit) dieser für ihn überraschenden Entwicklung hinzunehmen (*ubi emolumentum ibi onus*). In der Geltendmachung des durchsetzbaren Anspruchs kann entgegen der Rechtsprechung⁵⁸ auch dann kein rechtsmissbräuchliches Verhalten gesehen werden, wenn der Regressgläubiger von der Rückgriffsmöglichkeit vor Eintritt der Verjährung der gegen den Privilegierten gerichteten Forderung Kenntnis erhielt und trotzdem nichts unternahm, weil von ihm weder eine vorzeitige Befriedigung des Gläubigers noch eine Information des Mitschuldners über einen gegen ihn möglicherweise später zu richtenden Regress verlangt werden kann. Erst recht muss dies gelten, wenn der rückgriffsberechtigte Solidarschuldner vom Gläubiger erst nach dem Eintritt der Verjährung der gegen den Privilegierten gerichteten Forderung in Anspruch genommen und damit überhaupt erst zum Rückgriff berechtigt wurde. Die gegenteilige Lösung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts missachtet die auch aus Gründen der Rechtssicherheit zu respektierenden Grundsätze der Verjährung, wonach dem Gläubiger das schlichte Zuwarten⁵⁹ innerhalb der Verjährungsfrist noch nicht zum Schaden gereicht⁶⁰. Auch wenn die unterschiedliche Verjährung der Solidarforderungen auf einer Vereinbarung zwischen dem privilegierten Solidarschuldner und dem Gläubiger beruhen und dabei von den Vertragsparteien ausdrücklich eine Lösung zu Lasten der

⁵⁷ Wie hier H. BUGNON, S. 149 f.; a. A. BGE 115 II 42, 48 f.; BGE 116 II 645, 650; K. SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. 1, Basel 1975, S. 482 ff.; unter Hinweis auf Art. 2 Abs. 2 ZGB eine Lösung zu Lasten der Mitschuldner zumindest dann befürwortend, wenn der Regressgläubiger von der Rückgriffsmöglichkeit vor Eintritt der Verjährung der gegen den Privilegierten gerichteten Forderung Kenntnis erhielt und trotzdem nichts unternahm BGE 127 III 257, 266 f. sowie BGE 133 III 6, 28 ff. und 33 ff. mit zust. Anm. von F. KRAUSKOPF/T. SIEGENTHALER, BR 2007, 53, 54 f.; differenzierend ferner P. GAUCH, Werkvertrag, 4. Aufl. Zürich 1996, S. 720.

⁵⁸ BGE 115 II 42, 49 f.; BGE 127 III 257, 266 f.

⁵⁹ Vorbehalt bleibt lediglich der seltene und an strenge Voraussetzungen zu knüpfende Fall einer vor Ablauf der Verjährungsfrist durch vertrauensbildende Massnahmen des Gläubigers unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens eintretenden Verwirkung.

⁶⁰ Krit. auch F. KRAUSKOPF/A. MÜLLER, HAVE 2006, 321, 327.

Mitschuldner angestrebt worden sein sollte, wäre diese Vereinbarung als ein Vertrag zu Lasten Dritter unwirksam (vgl. auch Art. 146 OR).

b) Lösung zu Lasten des nur im Aussenverhältnis privilegierten Solidarschuldners

Sofern der Regressanspruch nach Art. 148 Abs. 2 OR nicht seinerseits verjährt ist, kann er auch durchgesetzt werden. Wie in den anderen Fällen würde damit der im Aussenverhältnis durch eine peremptorische Einrede privilegierte Solidarschuldner dieses Vorteils im Innenverhältnis wieder weitgehend beraubt. Er könnte mit Hilfe der erhobenen Verjährungseinrede lediglich im Aussenverhältnis eine (übermässige) Inanspruchnahme und damit das Risiko der Zahlungsunwilligkeit und -unfähigkeit der Mitschuldner abwenden. Im Verhältnis zu seinen Mitschuldnern widerführe dem privilegierten Solidarschuldner insoweit auch kein Unrecht, da ein Solidarschuldner erst mit dem Eintritt der Verjährung sämtlicher Solidarforderungen im Aussenverhältnis (Art. 149 Abs. 1 OR) bzw. der Verjährung der gegen ihn gerichteten eigenständigen Regressforderung (Art. 148 Abs. 2 OR) vor einer internen Inanspruchnahme sicher sein kann. Daher wird teilweise und insbesondere zuletzt auch vom Bundesgericht eine Lösung zugunsten des durch die Solidarität bewusst besonders privilegierten Geschädigten und zu Lasten des nur im Aussenverhältnis durch die Verjährung privilegierten Solidarschuldners befürwortet⁶¹. Der Rückgriff sei jedenfalls dann nicht treuwidrig i.S.v. Art. 2 ZGB, wenn der Anspruchsteller dem Mithaftenden so bald wie möglich angezeigt habe, dass er ihn für mithaftpflichtig halte⁶².

c) Lösung zu Lasten des Gläubigers

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Lösung nicht zu Lasten des Gläubigers zu suchen ist⁶³. Schliesslich war es der Gläubiger, der durch sein passives Verhalten die Verjährung der einen Solidarforderung ermöglicht hat⁶⁴. Möglicherweise hat er hierzu sogar durch ein willentliches Verhalten (Vereinbarung einer verkürzten Verjährungsfrist, bewusstes Unterlassen der Inanspruchnahme) beigetragen⁶⁵. Auf der anderen Seite erscheint der privilegierte Solidarschuldner in seinem Vertrauen auf die im Aussenverhältnis eingetretene Verjährung auch im Innenverhältnis schutzwürdig, so dass ein Regress gegen ihn abgeschnitten werden sollte.

⁶¹ BGE 133 III 6, 22 ff.; H. BUGNON, S. 149 f.; W. FELLMANN, Verjährung, S. 119.

⁶² BGE 133 III 6, 28 ff.

⁶³ Für eine Drittwirkung der Verjährung zugunsten des am Rückgriff gehinderten Solidarschuldners auch N. SBAI, S. 126; offen gelassen von BGE 130 III 362, 369 (obiter) und BGE 127 III 257, 266 f.

⁶⁴ So auch N. SBAI, S. 126.

⁶⁵ Für eine Lösung zu Lasten des Gläubigers im Falle von die Verjährung verkürzenden Vereinbarungen auch P. GAUCH, Werkvertrag, 4. Aufl. Zürich 1996, S. 720.

aa) Gesamtwirkung der Verjährung aufgrund besonderer Umstände

Eine Lösung zu Lasten des Gläubigers könnte sich zunächst aus einer Gesamtwirkung der Verjährung (auch sog. Verjährungsdurchgriff) ergeben. Diese Gesamtwirkung könnte auf Art. 147 Abs. 2 OR und die Annahme von besonderen Umständen gestützt werden⁶⁶. Zwar stellt die Verjährung keinen Grund zur Befreiung eines Schuldners dar, doch könnte Art. 147 Abs. 2 OR gegebenenfalls auch analog auf die Begründung einer peremptorischen Einrede angewendet werden. Die Gesamtwirkung der Verjährung aufgrund besonderer Umstände könnte jedoch nur dann angenommen werden, wenn sich der Gläubiger etwa im Rahmen einer Vereinbarung über die Verkürzung der Verjährung ausnahmsweise mit ihr einverstanden erklärt haben sollte. Im Übrigen würde die Annahme einer Gesamtwirkung den Interessen des vom Gesetzgeber gerade durch die Solidarschuld besonders geschützten Gläubigers zuwiderlaufen.

bb) Kürzung des Anspruchs um den Regressanteil des privilegierten Schuldners

In Betracht kommt aber auch noch eine Kürzung des Anspruchs des Gläubigers gegen die anderen Solidarschuldner um den Betrag des im Innenverhältnis von dem privilegierten Solidarschuldner zu tragenden Anteils⁶⁷. Ein Gläubiger, der in der beschriebenen Situation einen höheren Betrag von einem der übrigen Solidarschuldner verlangte, müsste sich grundsätzlich den Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entgegenhalten lassen. Im Bereich solidarischer Schadenersatzverpflichtungen könnte die Anspruchskürzung durch den Richter auch auf Art. 43 Abs. 1 bzw. Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 43 Abs. 1 OR gestützt werden, da in dem Gläubigerverhalten ein berücksichtigungswürdiger «Umstand» i.S.v. Art. 43 Abs. 1 OR zu sehen wäre. Insoweit gelten die oben für den Fall des vertraglichen Haftungsausschlusses gemachten Ausführungen entsprechend.

VI. Individuelle Zustimmung des Geschädigten zu dem pflichtwidrigen Verhalten eines (potentiellen) Solidarschuldners

Die Entstehung einer Solidarschuld mit einem Schädiger kann auch durch eine individuelle Zustimmung (Einwilligung oder Genehmigung) von Seiten des Geschädigten zu dem pflichtwidrigen Verhalten verhindert werden. Sofern diese Zustimmung mittels einer ausdrücklichen oder konkludenten Erklärung erfolgt (z.B. Art. 44 Abs. 1 Alt. 1 OR oder Art. 370 OR), kann auf die Ausführungen zur vertraglichen Haftungsbefreiung ex ante bzw. ex post verwiesen werden. Ergibt sich die Zustimmung hingegen aus einer gesetzlichen Fiktion (z.B. Art. 201 Abs. 2 OR oder Art. 367 Abs. 1 OR)⁶⁸, sind die Ausführungen zur gesonderten Verjährung von Solidarforderungen entsprechend heranzuziehen, wobei es allerdings zu beachten gilt, dass die Zustimmungsfiktion von

⁶⁶ Zu dieser Möglichkeit etwa auch N. SBAI, S. 126.

⁶⁷ So auch N. SBAI, S. 126.

⁶⁸ Siehe dazu BGE 130 III 362, 369.

Amts wegen zu beachten ist und bereits der Entstehung der Solidarforderung gegen den pflichtwidrig Handelnden entgegensteht.

C. Schlussbemerkung

Die Untersuchung der wichtigsten Fälle, in denen der (potentielle) Regress zwischen Solidarschuldnern dadurch gestört ist, dass entweder aufgrund einer Haftungsbefreiung bzw. Haftungsbegrenzung eine Solidarschuld erst gar nicht bzw. nicht in vollem Umfang entsteht oder einzelne Solidarschuldner durch eine Vereinbarung mit dem Gläubiger bzw. durch das Gesetz privilegiert werden, hat gezeigt, dass eine durchgehend einheitliche Lösung der vielgestaltigen Problemsituationen nicht möglich ist⁶⁹. Von grundlegender Bedeutung ist aber dennoch die Frage, ob sich die Privilegierung des einen Solidarschuldners aus dem Gesetz ergibt oder in irgendeiner Form auf eine Vereinbarung mit dem Gläubiger zurückgeführt werden kann. Im ersten Fall ist die Lösung grundsätzlich zu Lasten der Mitschuldner, im zweiten Fall grundsätzlich zu Lasten des Gläubigers zu suchen. Darüber hinaus kann eine Konstanz in der wertungsmässigen und dogmatischen Beurteilung der Fälle durch einheitliche Argumentationsmuster hergestellt werden. So ist es kein Zufall, wenn vorstehend immer wieder etwa auf den Gleichlauf der externen und internen Privilegierung eines Solidarschuldners, die Massgeblichkeit des geäusserten Gläubigerwillens, die durch die Regeln zur Solidarität beabsichtigte Stärkung der Gläubigerposition, die Unwirksamkeit eines Vertrages zu Lasten Dritter oder die Unzulässigkeit eines widersprüchlichen Gläubigerverhaltens hingewiesen wird.

⁶⁹ Für eine Gleichbehandlung von vertraglicher Haftungsbefreiung und Erlassvertrag aber etwa ausdrücklich H. BUGNON, S. 47 f.

Literaturhinweise

- F. BENTELE, Gesamtschuld und Erlass – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und französischen Recht vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung, Tübingen 2006
- H.-U. BRUNNER, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Fribourg 1991, N. 348
- H. BUGNON, L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles, Fribourg 1982
- W. FELLMANN, Regress und Subrogation: Allgemeine Grundsätze, in: A. Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung, 1999, 1 ff. (zitiert: W. FELLMANN, Regress, S.)
- W. FELLMANN, Solidarische Haftung und Verjährung des Ausgleichsanspruches bei unechter Solidarität, REAS 2002, 113 ff. (zitiert: W. FELLMANN, Verjährung, S.)
- J. HAGER, Das Mitverschulden von Hilfspersonen und gesetzlichen Vertretern des Geschädigten, NJW 1989, 1640 ff.
- A. HARTMANN, Der Regress bei Haftung Mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen, Bern 1942
- U. HOFFMANN-NOWOTNY/H. C. VON DER CRONE, Solidarität, Vergleich und Rückgriff in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.358/2005 (BGE 133 III 116) vom 12. Februar 2007, SZW 2007, 261 ff.
- P. ISLER, Der aussergerichtliche Vergleich mit einzelnen aktienrechtlich verantwortlichen Organpersonen, in: R. Waldburger et al. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, S. 195 ff.
- G. JANSEN, Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen, Bern 1973
- F. KRAUSKOPF/A. MÜLLER, Die Verjährung von Regressrechten im Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht, HAVE 2006, 321 ff.
- F. KRAUSKOPF/T. SIEGENTHALER, Der Rückgriff unter Baubeteiligten – Eine Praxisänderung? – Bundesgerichtsurteil 4C.368/2005/4C.370/2005 vom 26.9.2006 (= BGE 133 III 6), BR 2007, 53 ff.
- R. SCHWEIGHAUSER, Hersteller, Mehrzahl von Ersatzpflichtigen und Regress im Produkthaftungsrecht unter Berücksichtigung der EG-Produkthaftungsrichtlinie sowie des deutschen, österreichischen und schweizerischen Rechts, 1993
- N. SBAI, La solidarité entre les débiteurs en droit suisse et français, Genf 1950
- P. TERCIER, La solidarité et les actions récursoires entre les responsables d'un dommage selon le nouveau droit de la société anonyme, in: W. Stoffel (Hrsg.), Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Zürich 1994, S. 63 ff. (zitiert: P. TERCIER, La solidarité, S.)
- P. TERCIER, Concours d'actions et solidarité: Où en sommes-nous?, in: F. Werro (Hrsg.), Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile: actualité et perspectives, Bern 2002, S. 115 ff. (zitiert: P. TERCIER, Concours, S.)
- A. WACKE, Der Erlass oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner, AcP 170 (1970), 42 ff.